

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário: 1. A função do Estado na complexidade do século XX. 2. direito administrativo e o século XXI. Perspectivas. 3. A evolução do direito administrativo. 4. Impacto provocado pela atuação do ordenamento jurídico-administrativo. 5. A função do regulamento no direito administrativo. 6. O costume no direito administrativo. 7. A lei-medida no ordenamento jurídico-administrativo. 8. Os princípios gerais e o direito administrativo. 9. Conclusões.

1. A FUNÇÃO DO ESTADO NA COMPLEXIDADE DO FINAL DO SÉCULO XX

O propósito de se fixar diretrizes para a função do Direito Administrativo no século XXI não pode ser realizado sem antes se delimitar a complexidade pela qual passou o Estado no final do século XX. A tanto se propõe esta fase inicial das presentes reflexões.

* Professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil). Professor-Convitado do Curso de Especialização em Processo Civil - CEUB, Brasília. Doutor *Honoris Causa* da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. Professor UFRN (aposentado). Ex-professor da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. Ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco. Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário. Sócio Benemérito do Instituto Nacional de Direito Público. Conselheiro Consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Integrante do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito Humanitário. Conselheiro do Instituto de Procedimento e Processo Tributário do Brasil - IPTT Brasil.



<http://bdjur.stj.gov.br>

A supremacia do momento contemporâneo que cerca a humanidade está a exigir uma meditação ativamente verticalizada sobre as inúmeras e variadas funções do Estado. Os efeitos das veementes e rápidas mudanças sociais, econômicas, religiosas, políticas, educacionais e tecnológicas que o mundo experimenta, influem, diretamente, na estrutura das atividades estatais.

É certo que o agente público responsável pela execução dos fatos administrativos, em face do acúmulo de tarefas que ele tem a cumprir, não dispõe de meios e de tempo necessários para se aprofundar analiticamente nos crescentes e intensos problemas vivenciados pela ordem contemporânea.

A constatação dessa situação não deve, contudo, cultivar uma postura de ingenuidade, ao ponto de se defender o afastamento do administrador e da coerção do Direito no envolvimento com tais trepidações incrustadas nos grupos sociais. Impossível se dissociar do âmago desse fenômeno a responsabilidade que ambos têm, o primeiro, como sujeito ativo produtor do ato e responsável pela execução do fato, o outro, por ser disciplinador, em tese ou de modo concreto, da conduta do que se encontra assentado no ambiente onde eles se desenvolvem.

Há, por outro ângulo, uma certeza angustiante de que os atuais agentes públicos não demonstram suficiente sensibilidade, ao desempenharem suas atribuições administrativas, no rumo do desenvolvimento de uma conscientização capaz de mudar a imagem do Estado perante o cidadão. Há convicção, conforme mostram as pesquisas, que tal instituição não se apresenta com forte grau de aceitação positiva por estamentos do grupo social, visão que abarca os três Poderes que o compõe; o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Os resultados dessas ponderações determinam uma análise que deságua não só no repensar do ofício atual do Estado e das entidades



de direito que o regem, provocando uma mobilização de idéias e de recursos científicos voltados ao melhoramento do seu aparelho administrativo, em todas as formas de sua manifestação junto ao cidadão, bem como, imprimindo uma nova feição ao sistema a ser adotado, na busca da certeza de que há de ser feito um acentuado esforço no sentido do auto-aprimoramento da relação que existe de modo vinculado e hierárquico entre a atuação estatal e as necessidades de se cultivar a cidadania.

Há uma crítica generalizada de que o entregar da prestação estatal, via ação administrativa, encontra-se enfrentando uma crise existencial de larga repercussão. Esse posicionamento cultivado na intimidade do agrupamento humano gera a consequência de se investigar os motivos desse conflito e de se sugerir, no campo da ciência do direito, a criação de condições capazes de atenuá-lo, a fim de que se realize, urgentemente, modificações nos procedimentos administrativos que evitem o distanciamento existente entre os anseios do cidadão e a atuação do Estado.

Na circunferência de tais questionamentos são identificados os que não são resolvidos de modo isolado e unicamente por parte dos servidores públicos, por dependerem de regras oriundas do ordenamento jurídico adotado pela nação. Há, porém, muitas outras situações que, para serem solucionadas a contento com a aspiração do cidadão, se subordinam, unicamente, ao atuar individual ou grupal do administrador, pois, sendo ele o instrumento determinador da realização da vontade do Estado, tem, conseqüentemente, conhecimento das circunstâncias que as envolvem e das técnicas a serem utilizadas ao enfrentá-las.

Particularizando o último tópico acima referido, penso que o agir de modo melhor, por tais sujeitos ativos, depende do aperfeiçoamento que busquem alcançar e da consciência que tenham da



necessidade de serem conhecidas e entendidas as dificuldades existentes na era contemporânea, por ajudar a melhor exercer o trabalho que lhes é entregue.

Os grupos humanos de hoje se encontram envolvidos por uma intensidade de fatos ocorrentes nos seus ambientes e com reflexos diretos no indivíduo, produzindo conseqüências concretas de larga repercussão. Esses acontecimentos, por se apresentarem circulados por raios econômicos, religiosos, políticos, financeiros, tecnológicos e familiares, detonam um constante desassossego que se setoriza na relação do administrado com o Estado, exigindo que o Direito Administrativo imponha regras que resultem em uma convivência harmônica da população.

A multiplicidade dessas situações acelera a atuação dos responsáveis pela visão dinâmica do Estado, bem como impõe que soluções sejam encontradas no seio do Direito e implantadas no ordenamento jurídico positivo, tudo visando à produção de realizações compatíveis com as necessidades decorrentes das pretensões do homem moderno.

Deriva do analisado e narrado um porte assumido pelas pessoas no sentido de ordenar, em grau nunca feito outrora, aos responsáveis pela ação dos órgãos públicos, um atuar revestido de uma nova fisionomia, um exercício do seu papel finalístico, visando a não deixar os fatos se desenvolverem, sucessivamente, sem que passem a ser acobertados por um regramento legal dotado de eficácia e de efetividade para que solucione os enigmas vividos como único modo de imposição de segurança na convivência do homem com o homem, do homem com o grupo social, do grupo social com os vários estamentos que o compõe, dos estamentos sociais entre si, enfim, do homem e do grupo social com o

Estado, este voltado, em qualquer de suas ações, em garantir os postulados defendidos nos limites do regime democrático.

A realidade que se apresenta não conduz a sociedade humana a conviver sem protesto com as dificuldades que lhe cercam, sob pena de aceitar, pacificamente, o domínio dessa conjuntura imposta pelo Estado e que, ao meu pensar, o seu continuísmo provocará graves danos às gerações futuras.

Urge, portanto, que o Estado seja atualizado, no que se tem necessidade de buscar apoio nos postulados da Ciência Jurídica e, de modo muito especial, no Direito Constitucional e no Direito Administrativo.

O exame do que ocorre ao nosso redor nos coloca em atitude de impaciência e até a se querer pensar na existência de uma ociosidade dos pensadores e dos construtores dos princípios jurídicos, tudo aliado a omissões políticas dos responsáveis pela existência e funcionamento do Poder.

Um estudo mais aprofundado do pensamento da atualidade revela, porém, que não é isso o corrente. Não há entrega ao domínio de não se querer o que é inovador, nem ausência da utilização dos instrumentos de avaliação por parte da elite cultural dominadora e encarregada da missão de acompanhar a evolução dos fatos e de fazer com que o Direito, de forma real e positiva, os regule adequadamente. Há, por parte dos condutores desse processo, uma certeza de que se torna indispensável se demandar mais da criatividade da ciência jurídica e que os interesses não fiquem em estado germinativo de conflitos, sem uma contribuição na implantação de segurança no conviver social do século XXI.

Há necessidade de serem contornadas sérias dificuldades que se avolumam no curso do caminho a percorrer.



De partida, há de se contemplar o ambiente continental com maior confiança no atuar do homem aficcionado aos planos da axiologia. É instável, inseguro e não provocador de incentivos a aceitação de um panorama de que o Estado está sendo dirigido por agentes corrompidos. Além de injusta a generalização desse afirmar, o acolhimento dessa atmosfera inibe a luta do pesquisador do direito, dificultando a sua produção científica e, conseqüentemente, o impedindo de pensar tão suficientemente quanto decorre da exigência dos dias atuais.

O analista e estudioso dos afazeres estatais não aceita como verdadeira a imagem que se faz, por exemplo, de "uma atmosfera intoxicada pela propaganda da nova ordem mundial que pretende colocar a América Latina em condições piores que as do período histórico de sua independência, porque sem o contrapeso que na época encontrou na ação dos Estados Unidos" (Heráclio Sales, em artigo intitulado "Doutrina Corrompida1", Jornal! do Brasil, 16.4.92, 1º Caderno, p. II).

A pesquisa deve ser sediada na busca de descobrir soluções no campo das ciências não exalas, especialmente, no da jurídica. que acompanhem a evolução do que acontece e que contribuam na implantação de uma nação desenvolvida e em um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos coletivos e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar. o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias", conforme previsto no preâmbulo da Constituição Brasileira e que serve de pórtico às demais Constituições Democráticas.

O Estado convive e se depara com um século onde, ao lado dos maiores avanços tecnológicos jamais conhecidos pela humanidade, há de conviver com fenômenos graves do passado, fenômenos que só



tiveram vida no início da era atual, como é o caso dos sérios conflitos de saúde, como a cólera e a aids, da violência nas cidades, da ausência de um programa de saúde pública preventiva, da formação de grupos que, por vínculos com o tráfico de drogas e com crimes organizados, aluam, em determinados setores, como se Estado fossem, ações todas atentatórias ao direito do exercício da cidadania e à dignidade da pessoa humana, tudo em decorrência de omissão das autoridades administrativas em tomar as providências exigidas em cada caso e no sentido de adotar ações geradoras de estabilidade no contexto social.

O avanço tecnológico e os demais aspectos aqui superficialmente registrados, todos como exemplos de vários outros, dispares em seus conteúdos de modernidade, exigem participação do Estado e do direito na imposição de regras delimitadoras das condutas das partes com eles envolvidos e na fixação de responsabilidades.

O Estado de hoje não tem condições de viver indiferente, por exemplo, aos processos atômicos, por ser obrigado a se dedicar, com forte participação, a tudo que possa ocorrer, por exemplo, do funcionamento das usinas nucleares.

Esses mesmos interesses envolvem dificuldades outras que estão afetando os relacionamentos entre as pessoas e a coisa pública, em decorrência da inércia dos sujeitos ativos administrativos, por ser objetivo estatal o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", conforme contido no art. 3º, IV, da nossa Carta Magna, uma vez que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", regra impositiva também constante no art. 196, da Constituição Brasileira em vigor.



A nação, neste início de século, exige que sejam criadas regras impositivas ao Estado para que, ele atuando, faça desaparecer, através de medidas administrativas, as graves condições sanitárias existentes em determinadas áreas habitadas por milhares de famílias, sob pena de, ao permanecer o clima atual de insensibilidade a essas questões, ser considerado como sem condições de alcançar os objetivos determinadores da sua existência.

O Estado da atualidade há de modificar os seus mecanismos de atuação e, não obstante ter de diminuir o seu tamanho, ser mais forte no trato das situações assíduas de instabilidade ocorrentes nos dias de hoje e suportadas por seus súditos sejam afastadas e cedam lugar a estabilidade querida e necessitada pelo cidadão deste século.

Imprescindível que os relacionamentos entre os Poderes evoluam no sentido de fixação de co-responsabilidade sem muitas das realizações administrativas que obrigatoriamente desempenham. Tais fatores conduzem os pensadores a reverem o papel atual do Estado e a terem uma súbita preocupação com as transformações que necessitam ser implantadas em várias de nossas entidades administrativas e jurídicas vigentes e com a feição a ser dada às que necessitam ser criadas, com o intuito de que o teor axiológico do Direito se torne cada vez mais produtor de ações que atinjam o bem comum.

As reflexões acima postas buscam defender e demonstrar que existe uma absoluta conscientização de se repensar o Estado e recolocá-lo, de forma sistematizada, em um processo de evolução que o seu agir se destine a produzir atos eficazes e de efetividade concreta quanto ao bem-estar do cidadão.

De há muito não se nega que o Estado é uma instituição indispensável na manutenção do relacionamento entre os homens e destes com as entidades que os envolvem. Em razão dessa sua posição



como condutor de tal comportamento de todos os homens, exige-se dele cada vez mais que compreenda as regras atuais da vida em coletividade, onde ao lado do amor e da bondade há a presença constante da ganância, da injustiça individual, do desequilíbrio social, do ódio, da vingança, da maldade, da violência gerando pretensões que afetam o equilíbrio da convivência humana.

O Estado, após essa identificação do que se espera da sua missão na atualidade e de se ler radiografado a distância que cada vez mais o separa do cidadão, há de ser convencido que não pode se circunscrever a considerar-se como simples mensageiro de uma ação que tem, apenas, a finalidade maior da implantação da paz e da tranquilidade entre os homens. Há de se fazer com que o Estado firme uma compreensão alargada dos serviços a prestar e se considere como tendo a missão de realizar o valor específico do bem-estar social e da justiça em cada caso concreto examinado, quer atingindo o indivíduo, quer o grupo.

Em trabalho que escrevi e apresentei aos Juizes Federais Substitutos, recentemente aprovados no segundo concurso do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, intitulado "A Complexidade do Atuar do Juiz na Época Atual", deixei algumas preocupações registradas, que incorporo às meditações aqui postas.

Naquela oportunidade, afirmei que:

Os fenômenos que cercam a era contemporânea fazem crescer a distância existente entre direito e justiça, produzindo inquietações e incertezas no ser humano.

Não são fáceis as vias disponíveis na ciência jurídica que contribuam no eliminar ou no atenuar desse conflito.

Considere-se, inicialmente, que o próprio conceito de justiça enfrenta imensas dificuldades, posto que continua em área obscura do conhecimento.



Busca-se desde a Antiguidade se firmar uma conceituação segura a respeito do que seja Justiça e não se consegue. Os neopositivistas chegaram a patrocinar que a expressão "Justiça" não tem qualquer razão de ser objeto do investigar científico. O positivismo jurídico entende que a questão da justiça não se posiciona muito além do direito. Kelsen exclui o vocábulo "Justiça" da noção de direito,

No círculo dessa inquietude conceituai, surge Luiz Cláudio de Almeida Abreu, Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendendo que O direito se propõe a realizar o valor específico da Justiça. Ambos estão umbilicalmente ligados, mas são realmente distintos. A Justiça, como valor, só se realiza quando incorporada ao direito; este só existe como corolário da justiça. Nem sempre, porém, a simbiose é perfeita, dadas as peculiaridades de cada obra cultural, sujeita a erros e defeitos em maior ou menor coeficiente.¹

A dificuldade identificada na atividade dos magistrados é a de tornar realidade, de modo que satisfaça aos atuais anseios dos cidadãos, esse valor específico da Justiça a que se dedica o direito.

A velocidade com que as interações sociais, econômicas, financeiras e tecnológicas acontecem, reclama do magistrado muito mais do que desenvolver estudos que ajudem a aplicar a norma legal, interpretando-a para servir a cada caso concreto, sem qualquer vinculação com o contexto onde o litígio se situa. A vinculação pura e simples do juiz com o art. 5º da LICC.² na época atual, não satisfaz, com precisão, a entrega da prestação jurisdicional. Do juiz de hoje se solicita muito mais. A evolução do direito da cidadania não se contenta, na atualidade, que o juiz seja, apenas, um cumpridor dos valores dominantes e que desenvolva de modo regular as suas atribuições. Há um forte anseio por justiça em cada indivíduo, o que requer uma adequação comportamental do Juiz inclinada em não frustrar a pretensão de cada cidadão.

¹ "O Direito e a Justiça", art. publicado no Suplemento "Direito & Justiça", do Correio Braziliense . 28.8.1993. p. 6.

² "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"



Entende-se, na atualidade, como comportamento horizontal do juiz, o de atuar dentro dos limites impostos pelos valores dominantes na sociedade. Há de o juiz, portanto, necessariamente, viver de modo honesto, exercer com afinco o seu trabalho, buscar o saber jurídico e o seu constante aperfeiçoamento, não lesar a ou trem e de dar a cada um o que é de direito, aplicar a verdade encontrada sem medo, entender a moral dos dias atuais, buscar soluções compatíveis com as circunstâncias experimentadas, tudo isso sem se afastar do ordenamento jurídico.

Não são, porém, somente os valores acima citados que o juiz precisa praticar. Os jurisdicionados não se contentam que o magistrado desenvolva o seu ofício, apenas, como exigido por Hédio Tomaghi, "para a preservação da justiça, com decoro nas atitudes, com decência nas ações, com seriedade na análise dos problemas, com nobreza no trato, com pundonor, com honra e com altivez".

Não basta, hoje, para satisfazer os desejos da cidadania, que o juiz exerça as suas atribuições tendo como paradigma a atuação de Laudo de Camargo, juiz que mereceu de Sobral Pinto a seguinte observação: "O Ministro Laudo de Camargo realizou na judicatura brasileira, e dentro das contingências inerentes à condição humana, o tipo do juiz perfeito, aquele em que o talento, o saber, a independência, a serenidade, o civismo e a experiência se integraram em proporção adequada".³

O acabado de ser citado merece ter as idéias básicas inseridas no conhecimento do agente responsável pela administração do que se desenvolve no âmbito do Estado.

O Estado do séc. XXI precisa de administradores comprometidos com as necessidades do cidadão, que atuem com

³ Citação feita por Aniceto Lopes Aliende, Dês. do Estado de São Paulo, em trabalho intitulado "O Paradigma de Juiz. O Juiz Conforme a Expectativa do Tribunal de Justiça", pub. Na obra *Curso de Deontologia da Magistratura*, vários autores. Saraiva. 1992, p. 37.



imparcialidade no exame do que ocorre ao seu redor e que as administrem de modo que expressem confiabilidade originada do uso da solução adequada, aplicando a lei ao fato conhecido e sem desrespeitar o direito subjetivo genérico da cidadania.

E um perfil novo que os estamentos sociais estão querendo dos que dirigem a máquina estatal. Um retrato que apresente o titular do cargo, membro do Poder ou não, desvinculado emocionalmente dos atritos que estão submetidos à sua apreciação e sujeitos à sua decisão, afastado de qualquer interesse particular e que demonstre se submeter a todas as restrições impostas. Pretende-se, ainda, que o agente público seja praticante dos valores mais categorizados e conhecidos por quem convive com o ambiente social, que se entregue em tempo integral e dedicação exclusiva à causa de administrar e que, concomitantemente, esteja atualizado com a evolução da ciência no campo da tecnologia e no campo social.

O que se constata é a existência de um Estado se envolvendo no emaranhado de um sistema social que cresce desordenado e que questiona se o só aplicar a lei, em si, implica em se fazer justiça ou injustiça, e que busca, também, uma moldura mais aperfeiçoada de encontrar o justo diante de um caso determinado.

É de se lembrar que o Estado alua sempre sob forte pressão no sentido de respeitar e fazer respeitar a liberdade do ser humano, o que faz aumentar a sua responsabilidade no atendimento aos anseios do cidadão. Ele convive, em todos os instantes com a pregação de Immanuel Kant, in "Crítica de la razón pura". II, 1, 1, de que toda nação necessita de "Una Constitución que consigue la mayor libertad posible estableciendo unas leyes en virtud de las cuales la libertad de cada uno puede coexistir con la libertad de todos".



A firmeza do Estado de não respeitar e de não fazer respeitar os fenômenos decorrentes do exercício da liberdade usada pelo homem, faz crescer as resistências retratadas na atualidade.

Na quadra examinada, pinço, como exemplo, a discussão plantada no ambiente doutrinário jurídico brasileiro se o direito de propriedade se apresenta, hoje, tendo em vista os princípios contidos na Constituição Brasileira, com o mesmo grau hierárquico do direito à vida.

É de se deixar registrado que igual referência fiz no artigo já acima citado ("A Complexidade do Juiz nos seus Dias Atuais").

Repito, aqui, o que no mesmo escrevi.

"Será que a jurisprudência pátria estabelece condutas justas quando o litígio envolve o direito de propriedade e o direito de vida, cuja solução só poderá ser dada mediante uma opção entre um ou outro?"

Cedo espaço, na busca de uma eficaz resposta, à doutrina de Fábio Konder Comparato:⁴

A Constituição de 1988 abre-se com a declaração solene de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujo objetivo final é a realização de uma vida digna para todos os que habitam em solo brasileiro. Há, pois, em primeiro lugar, a consagração do direito à vida, como fundamento último de todo o sistema jurídico. Ora, a vida humana não é apenas suprimida de modo súbito e violento, mas pode também ser sufocada dia a dia pela fome, a doença e a miséria.

A seguir, medita o mesmo autor: "Em segundo lugar, a Constituição não assegura apenas o direito à simples sobrevivência, mas o de conviver com fatos que conduzam a uma postura de eliminação dos fatores de desigualdade social básica. Constitui evidente negação do

⁴ "A propriedade ou a vida", artigo publicado na Folha de S Paulo, de 1º de novembro de 1993, cad. 1, fl. 3.



direito a uma vida digna o fato de alguém encontrar-se impossibilitado de prover a própria subsistência e a de sua família mediante trabalho."

Concluindo, afirma Fábio Konder Comparato:

No sistema constitucional, portanto, a propriedade não é um direito-fim, mas um direito-meio. É garantida como meio de preservação de uma vida digna para todos, mas não pode ser protegida quando se transforma em instrumento de exclusão de trabalhadores. Por isso mesmo, quando a Constituição determina, no capítulo dos direitos fundamentais, que "a propriedade atenderá a sua função social", ela está obviamente atribuindo aos despossuídos o direito de exigir do proprietário o cumprimento desse dever fundamental.

Como se observa, a conclusão desenvolvida por Fábio Comparato não é mais de se fazer uma opção. É a de se interpretar a Constituição com a mensagem por ela emitida e se fazer valer a preponderância do direito à vida acima do direito de propriedade.

Alguns procedimentos do Executivo e do Judiciário são citados na monografia acima referida como violadores de tais princípios constitucionais. O primeiro é o da aplicação cega e direta de dispositivos do Código Civil no tocante às ações possessórias, sem se perceber que vários deles não foram recepcionados pela Constituição Federal, que consagrou o dever de uso da propriedade em função das necessidades sociais.

No particular, afirma Fábio Konder Comparato:

Se a União tem o dever (não apenas a possibilidade legal) de desapropriar o imóvel rural que não esteja sendo explorado em função das necessidades sociais (Constituição, art. 184), é flagrantemente abusivo que um juiz conceda reintegrações liminares de posse a proprietários de terras, sem que estes comprovem, ainda que sumariamente, o cumprimento desse dever fundamental.

A seguir, o articulista mencionado faz referência ao "litígio possessório envolvendo as fazendas Ribeirão dos Bugres e Jangada, em Getulina, SP, que, por decisão liminar, sem audiência da parte contrária,



em ação possessória movida contra dois réus apenas, o juiz decretou a expulsão de 2.000 famílias acampadas naquelas fazendas, perfazendo um total de cerca de 6.000 pessoas, entre homens, mulheres e crianças".

Como visto, dentro do Estado crescem as preocupações com a crise das instituições, por muitas se apresentarem em desconformidade com os anseios do homem do século XXI. Inclui-se, também, nesse contexto, o temor que se tem com o movimento mudo existente nas ruas, pregando o fim de um ciclo democrático em países onde o índice de pobreza é assustador, por se sentir uma tendência em se aceitar a substituição da liberdade gerada em um Estado Democrático por um pouco de pão, mesmo que seja ofertado por um Estado de regime especial.

Os homens que constroem o Estado e que aperfeiçoam ou destroem as suas instituições devem ter olhos colocados em torno das turbulências que aconteceram, por exemplo, na Venezuela, no Peru e em outros países. O fato, apenas, de ter sido saciada a fome daqueles que a tinham e se ter conseguido abrir um leque de trabalho ofertado a quem o procurava, aplaudida está sendo a violência feita ao regime democrático, consentindo-se em um regime de força.

O Estado, ao buscar a sua maior eficácia e efetividade nas suas ações, há de estabelecer mecanismos aptos a superar ou diminuir as crises que o dominam.

Um dos exemplos a ser considerado é o anotado em pensamento do Exmo. Sr. Ministro Francisco Rezek, no discurso que fez saudando o Exmo. Sr. Ministro Octávio Gallotti, quando este assumia a Presidência do Colendo Supremo Tribunal Federal, em abril de 1993. Naquela oportunidade, foi destacado que:

A imprensa recolhia uma semana atrás vossas idéias a respeito da crise e do aparente descrédito das instituições



públicas. Na interpretação, que vos foi pedida, do fato de ser o Judiciário o mais preservado entre os poderes, dissestes da singularidade do nosso ofício, mas também de vosso repúdio pela idéia preconceituosa de que certos seres humanos possam ser melhores que os demais tão-só porque juizes, ou soldados, ou sacerdotes. Sabeis, como vossos pares, que o momento induz à reflexão e à autocrítica. É tempo, entre outras coisas, de que a Justiça e suas instituições próximas, a classe dos advogados e o Ministério Público, procurem método adequado para abreviar a decisão definitiva sobre questão jurídica que se coloque, mima multiplicidade de casos concretos, ante um número incontável de foros. Não que se devam transformar tribunais em consultorias constitucionais que, definindo a sanidade das leis no desfecho mesmo do processo legislativo, suprimissem um dos valores mais preciosos de nosso sistema: o acesso dos particulares ao foro comum, a exposição de seus argumentos, a eventual discrepância entre juízos diversos, a informação contraditória ante as instâncias superiores. Mas já um justo limite além do qual ninguém mais, em boa-fé, acreditará que a continuidade do desencontro de decisões singulares, e a conseqüente superlotação do foro sejam o efeito colateral inevitável da obediência a algum princípio, qual o do juízo natural, podendo então firmar-se nas pessoas, inexoravelmente, a convicção de que esse quadro tem como causa primária o propósito menos nobre de multiplicar demandas e multiplicar honorários.

São situações como a descrita que abalam a confiabilidade do homem nas instituições e nos seus destinos. Elas geram, também, inquietudes que dificultam a eficiência da ação estatal, pela distância que se estabelece entre o cidadão e o poder. O encontro de solução destinada a vencer crises institucionais passa, com certeza, pela atuação dos agentes que as integram e se vinculam, em linha reta, com o bom atuar dos valores dominantes pregados e cumpridos. E uma missão difícil e complexa a ser desempenhada por todos aqueles que têm a incumbência de gerir qualquer fatia do Estado, por aumentada se apresentar, cada vez, a sua responsabilidade perante a sociedade no torvelhinho dos dias atuais.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO E O SÉCULO XXI. PERSPECTIVAS



A angustiante crise por que passa o Estado, necessita, se é que se quer vê-la solucionada ou amenizada, além da atuação de outros fatores científicos, sociais, políticos e econômicos, da presença ordenada do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Este, tendo por objeto disciplinar uma das ações do Estado, a de natureza administrativa, "reclama do direito constitucional uma determinada orientação de sua função e dos órgãos mais altos, que têm caráter constitucional, pelos quais executa a referida função;"⁵

Postas tais orientações no campo do Direito Constitucional, o Direito Administrativo há de estabelecer as suas próprias idéias quanto à composição e aos caracteres do ordenamento jurídico-administrativo que pretende impor, especialmente quando enfrenta modificações básicas sofridas pelo Estado, em sua organização, como são as previstas para o início do século.

Há, assim, de se estudar os elementos que compõem o ordenamento jurídico-administrativo da atualidade e os que, possivelmente, passarão a compor os dias que se seguirão neste século.

Essa tarefa só será feita adequadamente se se considerar como base as lições a respeito ministradas por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernandez, que estão registradas na obra de autoria dos mesmos e intitulada Curso de direito administrativo, entre nós traduzida por Arnaldo Setti e publicada pela Editora Revista dos Tribunais, em 1991.

Há, também, de se combinar com a doutrina de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernandes, pregado por Norberto Bobbio, em Teoria do ordenamento jurídico, publicação da Editora UNB, 1989, com apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste dos Santos.

⁵ In: ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral, p. 10, trad. de Maria Helena Diniz, Ed. RT, 1977.



Do mesmo modo, não se deixa de se examinar as linhas mestras que a respeito do tema nos legou Cretella Júnior em muitas passagens de sua vasta produção literária jurídico-administrativa, bem como as de autores como Oswaldo Bandeira de Melo, Rui Cisne Lima, Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Melo e outros.

De início, sublimo as afirmações feitas por Eduardo Garcia de Enterria e Tomás Ramon Fernandez, *in* obra já citada, p. 68, de que "O Direito Administrativo constitui um ordenamento jurídico".

Decorre dessa conceituação que o Direito Administrativo afeta e se refere à Administração Pública como sendo este organizado de forma hierárquica e sistêmica. Ele comanda, também, um complexo de normas da mesma natureza e com raio de ação muito mais amplo e com missões institucionais mais duradouras e de maior responsabilidade, que é de servir ao Estado. O Direito Administrativo, por ser um ordenamento jurídico, não deixa sem exame os problemas dele emergentes em razão da pluralidade das normas que o compõe e da necessidade de se apresentar e se desenvolver sempre com vistas a manter a sua unidade, sem perder a coerência que o sistema nele contido deve preservar e se completando com o encontro de soluções preenchedoras das lacunas que estão retratadas em seu curso.

Na visualização atual do ordenamento jurídico-administrativo detecta-se a carência do Direito de se adaptar e de acompanhar as profundas mutabilidades enfrentadas pela sociedade, especialmente, porque conforme adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao apresentar a obra de Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico, já citada, após destacar a realidade acima posta, "a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques" (p. 18).



Não se esconde, na vivência da era contemporânea, a fragilidade administrativa do Estado em solucionar os atritos mais essenciais que envolvem os jurisdicionados e administrados. Entre eles, são identificados: a) o de não criar mecanismos erradicadores da pobreza econômica de grande parte da população; b) o de não ter condições de controlar os distúrbios sociais; c) o de não oferecer uma prestação de proteção à saúde dignificadora do ser humano; d) o de não demonstrar a sua eficiência na formação educacional das gerações do presente e do futuro; e) o de não ter como acompanhar o avanço da ciência tecnológica e de controlar os desvios praticados pela atuação da informática; j) o de não oferecer segurança aos cidadãos no exercício do seu direitos fundamentais de liberdade de ir e vire de se constituir em família; g) o de não ser o assegurador eficaz dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo o do grupo a que pertence.

Os cétricos poderão afirmar que o listado, desde a sua formação, sempre conviveu com tais choques e que é impossível solucioná-los ou amenizá-los. Não se deixa, porém, de se ter em mente que, após a era econômica comandada pela agricultura e sucedida pela era industrial, tem-se agora um período dirigido por avanços científicos tecnológicos centrados na informática e partilhando, lado a lado, as dificuldades enfrentadas por homens e mulheres conscientes do baixo padrão de vida a que estão expostos e que decorrem da era atual. gerando um grau mais intenso de reivindicações e que, de modo correio ou errado, cobram do Estado uma solução.

Tais fenômenos da era contemporânea se apresentarão com maior intensidade neste século. Não podem ser deixados sem uma análise meticulosa jurídica e exigindo a adoção de vetores dirigidos ao Estado que deverá saber administrá-los, não só na atualidade, como no futuro.

Torna-se imperioso, assim, que o ordenamento jurídico-administrativo seja composto por regras eficientes e efetivas que conduzam a uma solução adequada do problema.

A doutrina, no particular, há de exercer a sua influência para que a atuação estatal seja preparada, através dos limites nascidos e fixados no ordenamento jurídico administrativo, no sentido de ter como enfrentar essa nova feição dos tempos.

São tímidas as tendências existentes e prudentes as técnicas sugeridas. O aperfeiçoamento das idéias e da implantação dos mecanismos exigidos para o atuar do Estado, dentro de tal quadro, parte, necessariamente, da doutrina e de receber, por parte do legislador e das decisões dos tribunais, constantes incentivos.

O visado com tais reflexões é, em patamar de destaque, retratar as características, a disposição instável das lutas internas que o Estado enfrenta, os aspectos conflitivos e as situações, apenas aparentemente, aceitas como normais do ordenamento jurídico-administrativo da atualidade.

É evidente que serão sem tamanho as objeções que aparecerão nos caminhos a serem trilhados por quem se determina a enfrentar e a sugerir modificações em comportamentos legais arraigados na consciência de um grupo, especialmente, quando tal é o dominador. Ocorre que as inovações, impostas pela ciência só operam quando são ultrapassados os obstáculos que as circulam.

O afirmado não tem a pretensão de ser o arauto de um grito de alerta. Muitos já me antecederam no particular. O que se faz é, apenas, se colocar mais uma parcela de apoio no realizar dessa missão, buscando-se, mais uma vez, se destacar a caminhada composta de muitos insucessos do fazer administrativo-estatal, a tudo recebendo a conivência



de um sistema jurídico que não ousa apresentar regras novas e capazes de impor uma mudança na rota do destino a que se entrega o ser humano.

O desejo contido é o de que a ciência jurídica estabeleça princípios estruturantes para um ordenamento jurídico-administrativo que tenha raios de ação com fulgor suficiente de eficácia e utilidade na democracia que o século XXI legará à população, onde o cidadão será colocado como o centro de todas as atenções e ações do Estado.

O destaque dado à preocupação exposta é porque se sente a necessidade de se preparar regras no campo do direito administrativo a serem aplicadas no atuar da administração pública no século em curso.

Deve-se, no particular, se consagrar, com intensidade, a advertência de Alvin Tofler (Terceira Onda, p. 430 e segs, 16. ed.. Ed. Record), ao assinalar que:

Hoje, em todas as esferas da vida social, nas nossas famílias, nossas escolas, nossos negócios e igrejas, nos nossos sistemas de energia e comunicações, enfrentamos a necessidade de criar novas formas da Terceira Onda e milhões de pessoas em muitos países já estão começando a fazê-lo. Em parte alguma, entretanto, está a obsolescência mais avançada ou mais perigosa do que na nossa vida política. E em campo algum encontramos hoje menos imaginação, menos experimentação, menos disposição para contemplar mudança fundamental.

A identificação do que ocorrerá no futuro leva o pensador do direito a tal realidade. Esta, por sua vez, se transforma em incentivos para que sejam criados princípios centrais dedicados a um ordenamento jurídico-administrativo democrático e compatível com o que o cidadão do futuro espera do Estado no exercício de sua ação administrativa.

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO



É hora, pois, de se elevar a um nível mais alto a missão do Direito Administrativo e de nele ser inserido mecanismos, com apoio explícito ou implícito do Direito Constitucional, que evitem a ingovernabilidade da coisa pública e que os fluxos da democracia cidadã a ser instaurada no século XXI sejam os únicos a informar todo o atuar do Estado e da sua organização política, tendo o respeito às necessidades do homem como essência nuclear.

Não se nega que há, na atualidade, uma preocupação crescente a respeito da dispersão ocorrida, com os direitos fundamentais dos cidadãos, o que causa estorvos na atuação dos princípios gerais e específicos que se aplicam ao Direito Administrativo.

Por isso, tenho defendido que há de se valorizar, em um mesmo horizonte, além dos direitos fundamentais formalmente constitucionais, aqueles que não têm assento na Constituição. Eles devem sempre ser alvo de consideração do administrador como sendo direitos de defesa, de prestação, de acesso e de realização do cidadão. Logo, nada de limitá-los por quaisquer motivos, quer sejam políticos, ideológicos, pessoais, econômicos, etc.

O Direito Administrativo do amanhã há de atuar consciente de que o sistema de hoje contém direitos fundamentais exigindo reavaliação de suas formas e de seu desempenho. As liberdades e as garantias são tratadas por processos de conformação e de proteção que se compatibilizem não só com os avanços da tecnologia atual, mas, também, com as aspirações das variadas camadas da sociedade que reivindicam a dignificação da pessoa humana. São valores que se consideram na estrutura do século XXI e que não podem deixar de ser analisados, estudados e disciplinados, para atuarem na democracia do de hoje e do amanhã. A tudo isso não se consente que fique o Direito Administrativo.

A imposição de regras novas na característica e na interpretação do ordenamento jurídico-administrativo atenuará, no mínimo, os reflexos das vicissitudes de hoje e aproximará, um pouco mais, a atividade estatal à vontade e à necessidade do povo.

Na altura em que estão as nossas meditações, torna-se essencial se esclarecer e se desenvolver a afirmação de que a administração pública desenvolve as suas atuações sob o comando decorrente de um ordenamento jurídico e que este deve sofrer reforma capaz de enfrentar utilmente a missão estatal do século XXI.

A respeito, repito aqui o que escrevi em "A Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo. Interpretação e Aplicação", tema exposto em aula proferida no Curso de Juizes Federais Substitutos, aguardando publicação, promoção do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em outubro de 1993:

A primeira idéia a ser examinada é a de que a administração pública é uma instituição. Por assim ser, ela é, conseqüentemente, uma ordenação jurídica, considerando-se o fato de que toda ordenação jurídica é uma instituição, como afirma Santi Romano na obra Princípios de direito constitucional geral, p. 72, Ed. RT, 1977, tradução de Maria Helena Diniz, uma vez que, onde não haja estas podem existir relações sociais mas não relações que, como as jurídicas, sejam formais, objetiva e estavelmente ordenados.

Daí resulta a explicação dada por Santi Romano, que tende ser aceita sem maiores entraves, que "cada norma ou mesmo o complexo das normas jurídicas não são mais do que manifestações particulares de uma dada ordenação, que, nas instituições mais simples ou menos desenvolvidas, podem permanecer latentes. A sua importância prática é tão grande que tem sido possível identificar com elas toda ordenação jurídica considerada em sua integridade. Porém, é mais exato considerar que uma ordenação, em sentido objetivo, não se reduz apenas a normas, as quais, com efeito, pressupõem a instituição compreensiva, mas são seu



aspecto e uma sua manifestação; dela derivam o caráter que os diferencia das normas não jurídicas, a sua eficácia e a sua garantia, que não são dadas pelos caracteres intrínsecos de toda norma, nem pela sua conexão com outras normas que a tutelam, mas, pelo contrário, apóiam sobre todas as engrenagens e sobre toda a estrutura da instituição".

Essa integração das normas que compõem todo ordenamento jurídico, o que ocorre, também, necessariamente, no ordenamento jurídico-administrativo. impele a se formar uma conscientização da impossibilidade de se tratar qualquer regra jurídica de modo isolado ou no sentido de, no campo do direito público, também, impossível ser veículo do atendimento de interesses particulares de indivíduos, isoladamente, ou em grupos.

A norma jurídica integrada a um ordenamento se torna escrava do continente ao qual passou a pertencer. Passa a ser posta à prova com todos os reflexos emanados da universalidade da qual faz parte e a representar a sua missão institucional vinculada, de modo permanente, aos comandos que do todo são emanados.

A administração pública é uma ordenação jurídica, do mesmo modo que é o Estado. Não descaracteriza essa sua feição por ser, através dela, que o Estado cumpre a sua missão institucional. A diferença única existente entre as duas instituições, no campo teórico-jurídico é a de que o Estado tem a sua organização regida pelo Direito Constitucional, enquanto o Direito Administrativo, embora subordinado ao Direito Constitucional, cuida da criação, das regras de funcionamento e dos múltiplos relacionamentos de todos os órgãos do Estado. Ele é que expede normas que regulam "a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meio de sua ação, em geral" (Cretella Júnior. Tratado de Direito Administrativo, v. 5, p. 182, Forense).



4. IMPACTO PROVOCADO PELA ATUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

O impacto provocado pela atuação do ordenamento jurídico-administrativo não tem merecido preocupações constantes da maioria de nossos doutrinadores. E bem verdade que as atenções com a importância de se destacar o fortalecimento e as implicações existentes no ordenamento jurídico-administrativo só começaram a ser despertadas quando as instituições passaram a ser alvo de estudos mais aprofundados sob a responsabilidade dos teóricos. Daí a razão de se ter tornado famoso o livro de Santi Romano intitulado *O Ordenamento jurídico*, em 1917, e, mais recentemente, o de Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*.

Entre tantas outras lições que se sobressaem das idéias lançadas em campo doutrinário, conforme as acima mencionadas, destaque-se a enunciada por Bobbio, em sua obra *Teoria da norma jurídica*, de que "A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo" (p. 21, *Teoria do ordenamento jurídico*).

Essa circunstância fez com que Celso Antônio Bandeira de Melo, em *Elementos do direito administrativo*, Ed. RT, 1980, afirmasse que "só se pode, portanto, falar em direito administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhes são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo".

Logo a seguir, observa, com precisão que "A farta e excelente bibliografia internacional do Direito Administrativo não tem, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo,



considerado em si mesmo, isto é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo".

O ordenamento jurídico-administrativo se encontra preparado para ser expressão jurídica dos fenômenos que envolvem a administração. Apresenta-se, também, como entidade unitária possuidora de vida própria que só se entrelaça com as normas jurídicas quando elas a ele se integram. Com absoluta razão afirmou Eduardo Garcia Enterría e Tomás Ramón Fernandez, p. 69, obra citada, que "o sentido unitário do ordenamento se expressa, antes que no agregado de normas casuísticas que nem se integram, em um conjunto de princípios estruturais que nem sempre, nem as mais das vezes, estão formulados expressamente como tais".

Fixados esses conceitos, torna-se possível agora se apresentar, de forma alinhada, as características essenciais do ordenamento jurídico-administrativo.

No primeiro plano há de se colocar a sua atividade dinâmica. Só assim se torna possível se entender as transformações das normas jurídicas que o compõem, sem que sejam modificados os princípios maiores que o regem. Estes só sofrem mutações quando impulsionados por qualquer processo revolucionário ou de mudança da ordem constitucional a que se subjugam.

Nessa hipótese, novos princípios básicos passam a regê-lo, sem que, contudo, perca a sua robustez de ser um sistema.

No segundo plano destaca-se a pluralidade de fontes que o constitui.

Embora, como demonstre a história, o Estado tenha tentado monopolizar a criação do Direito (leis e regulamentos só por ele expedido), tal não foi conseguido, haja vista que não se deixa de se



reconhecer o costume, a jurisprudência e os princípios gerais de direito exercendo preponderável papel como norma jurídica que se integra ao ordenamento que se estuda.

O terceiro plano compreende a sua visão hierarquizada. Hierarquia que se desenvolve de forma vertical e fazendo valer a energia de seus princípios e a imposição de seu império, nascido da unidade possuída.

As conseqüências geradas pela hierarquia determinam a coexistência e a atuação de forma articulada da lei com a Constituição e do regulamento com a lei, tudo circulando ao redor dos princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico-administrativo.

Há, assim, em decorrência de seu agir, uma construção escalonada do ordenamento, no dizer de Kelsen, colhida por Norberto Bobbio (p. 48, ob. cit.), sem causar nenhum prejuízo à sua unidade.

Torna-se relevante salientar a importância dessa hierarquia a fim de que possa sobressair-se a superioridade da norma fundamental que atua com a capacidade de manter em estágio de unidade todas as outras normas e, conseqüentemente, a integridade do ordenamento.

A precisão do entendimento dessa hierarquização e unificação, que se apresenta no ordenamento, foi posta por Norberto Bobbio, em *Teoria do ordenamento jurídico*, ob. cit., p. 49, do modo seguinte:

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do Direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade, pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura



hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica.

5. A FUNÇÃO DO REGULAMENTO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

No patamar hierarquizante do ordenamento jurídico-administrativo merece se dar vulto ao regulamento, por ser ele o tipo de norma criada pela administração e que de modo mais constante a ela se aplica.

A primeira dificuldade que se apresenta na dinâmica funcional do ordenamento jurídico-administrativo é o de fazer valer condições aceitas pela ciência jurídica de coexistência e de articulação do regulamento com a lei. Isso decorre da tendência sempre crescente dos condutores da administração, quando da criação do regulamento, de assentar regras que extrapolem os princípios hierárquicos postos no ordenamento quanto ao campo de abrangência das normas.

Identifica-se, nesse comportamento do agente público, uma não-desvinculação total com a pretensão do Estado (quer democrático, quer totalitário, quer socialista) de se arvorar como o único criador do direito, como lembra Eduardo Garcia Enterría e Tomás Ramon Fernandez, obra já citada, p. 70:

Historicamente, primeiro, o rei absoluto, depois, o Estado revolucionário (o da Revolução Francesa, porém, também, mais tarde, em grau elevado, o da Revolução Comunista, que fez por isso um mito da legalidade revolucionária) pretenderam monopolizar a criação do Direito, tornar este rigorosamente estatal, eliminando todas as fontes que não fossem procedentes do próprio Estado, as suas próprias fontes, escritas e autoritárias, a lei e o regulamento, em particular.

O primado de que a lei se apresenta sempre superior ao regulamento resulta, na prática, óbices diversos que são criados por fatores de disposição jurídica, de natureza política (quanto mais forte o



sistema de governo maiores são os desencontros entre a lei e o regulamento) e, até mesmo, de ordem interpretativa na aplicação do direito, como ocorre, hoje, com a corrente que defende a existência de um direito alternativo.

É natural que, em decorrência da intensidade da atuação do regulamento pela administração, que ele provoque esse tipo de instabilidade na sua vivência, afetando, muitas vezes, a sua credibilidade.

A crescente importância do regulamento no ordenamento jurídico-administrativo deu lugar para que o Direito Administrativo cuidasse de estabelecer uma teoria a seu respeito, a demonstrar a importância que tomou como veículo impositor de conduta a ser cumprida por quem é administrador e, também, pelo administrado.

Concebido, preambularmente, com o objetivo exclusivo de complementar a lei, explicando o seu raio de ação, o regulamento avançou no seu prestígio como norma reguladora e passou a ter uma atuação mais abrangente - a de se apresentar com caráter supletivo e criador. A respeito, confira-se a lição de Luciano Benévolo de Andrade, em *Curso Moderno de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva. 1975, p. 166:

De início, entendia-se que o poder regulamentar tinha sentido meramente complementador da lei. Hoje, todavia, admite-se uma função muito mais ampla, conferindo-se-lhe também um caráter supletivo e criador. E que, apesar da vedação constitucional de delegação de atribuições, as realidades vivenciais são mais poderosas do que os esquemas abstratos. Exata a advertência de Hely Lopes Meirelles de que 'os juristas devem, hoje, abandonar certos preconceitos, e, conservando-se, embora guardas fiéis da lei, considerar que a Administração Pública desempenha certa atividade legislativa, que é justamente a chamada faculdade regulamentadora', - observação que tem o abono de eminentes publicistas.

O regulamento é uma necessidade imposta ao administrador para firmar regras, embora de modo abstrato, buscando o futuro.



Isso decorre da conjuntura complexa e do largo alcance da atitude administrativa.

Por não ser possível, nos limites deste trabalho, desenvolver todos os aspectos que envolvem o Poder Regulamentar, penetrando no interior dos princípios teóricos já formados a seu respeito, contento-me em sintetizar, de forma escalada, as principais regras a que o regulamento se subordina como parte integrante do ordenamento jurídico-administrativo.

Ei-las:

a) o regulamento surge de uma parcela de poder normativo que detém o Estado, o denominado poder regulamentar;

b) esse poder de regulamentar é inerente à tarefa administrativa pública, por lhe ser impossível só se manifestarem casos concretos;

c) o regulamento dispõe de modo abstrato para o futuro, só tendo efeito retroativo em situações excepcionais, como o caso de reconhecimento da prática de ato nulo;

d) a sua ação não é limitada, apenas, a interpretar a lei e a ditar regras ligadas à sua execução, por lhe ser permitido imprimir, com caráter normativo, a obrigatoriedade de determinadas condutas ao administrador e ao administrado;

e) não obstante seja norma de conduta nascida na administração, tem a capacidade de auto limitá-la na prática dos atos administrativos;

f) a simples expedição do regulamento expõe a sua pujança hierárquica por tornar-se obrigatório o seu cumprimento por parte dos



subordinados à autoridade que o fez integrar ao ordenamento jurídico-administrativo;

g) a hierarquização no ordenamento jurídico-administrativo se torna útil, de modo específico na esfera da eficácia e efetividade do regulamento, tendo em vista que o que for expedido por uma autoridade superior prevalece sobre outro, embora já existente, mas que tenha se originado de ato de autoridade subordinada àquela;

h) a ciência do Direito Administrativo não estabeleceu, ainda, leis rígidas coagindo a forma do regulamento se apresentar, o que faz com que ele seja criado com a denominação de decretos, portarias, resoluções, circulares, provimentos, instruções, etc.;

i) ao regulamento, quando expedido, não se autoriza, por maior que seja o intento a alcançar, atingir a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir os limites dos direitos subjetivos constituídos;

j) o objetivo fundamental do regulamento é disciplinar as situações em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei;

l) as linhas postas no regulamento são "referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público" e "não de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei. expressos ou implícitos dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas" (Osvaldo António Bandeira de Melo. In Princípios gerais do direito administrativo, Ed. Forense, 2. ed., v. 1, 1979. p. 303).

Carlos Maximiliano, em *Comentários à Constituição Brasileira*, 1918, p. 493-494, catalogou nove regras que o Poder Regulamentador obedece e que são:

a) não cria direitos nem obrigações não estabelecidas implícita ou explicitamente em lei;

b) não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações. Apenas desenvolve e completa em particularidades as regras que o Congresso fixa;

c) fica inteiramente subordinado à lei. Não faculta, ordena ou proíbe senão o que ela, em termos amplos, facultou, ordenou ou proibiu;

d) não extingue direitos nem anula obrigações dos cidadãos em geral;

e) limita-se a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, a fim de facilitar o cumprimento das leis; não cria princípios novos;

f) não cria empregos, nem fixa, eleva ou diminui vencimentos, institui penas, emolumentos ou taxas, senão quando expressamente o Congresso autoriza;

g) não revoga, nem contraria a letra nem o espírito da lei;

h) quando esta determina a forma a se revestir o ato, o regulamento apenas indica a maneira de se observar aquelas formalidades, não institui outras normas;

i) suspende ou adia a execução da lei somente quando há autorização explícita.

Tais regras, não obstante pregadas em 1918, são atuais e de plena aplicação.



6. O COSTUME NO DIREITO ADMINISTRATIVO

No quarto plano, sem que com isso revele caráter de verticalidade, ressalta analisar o papel do costume no ordenamento jurídico-administrativo.

De imediato, surge a pergunta; Aplica-se o costume no Direito Administrativo?

Em 1950, quando foi publicada a 11. ed. da obra *Tratado de derecho administrativo*, de Gascón J. Marín, citada por Cretella Júnior em seu *Tratado de direito administrativo*, vol. 1, p. 295, foi considerada equilibrada a opinião manifestada pelo conceituado administrativista de que:

Se o costume é fonte de direito e o direito administrativo é o direito, o que deverá examinar-se não é se o costume pode ou não ser fonte do direito administrativo, mas sim, em que grau e que importância terá como fonte do direito neste ramo especial, já que não é possível negar seu caráter de fonte jurídica.

A observação acima tem razão de ser em virtude de uma certa corrente doutrinária haver pretendido excluir o costume como fonte de direito administrativo, inspirada na construção de que ele é, por essência, um Direito do Estado, portanto, insuscetível de ser criado por tal fonte. A esse grupo se incorporou, por exemplo, Sabino Fraga, com a afirmação de que o costume, muito embora seja "elemento útil para a interpretação das leis administrativas, mas de modo algum se lhe pode reconhecer o valor de criar um direito que supra ou contrarie as normas legais positivas" (*Derecho administrativo*, 5. ed., 1952, p. 142, cit. por Cretella Júnior, *Tratado*, v. 1, p. 297).

Na doutrina brasileira, Themístocles Brandão Cavalcanti acompanhou essa lição, conforme revela na sua obra *Tratado de direito administrativo*, v. 1, p. 179, 1955, 4 v.



Reação se impôs a esse entendimento.

Marcelo Caetano, em seu *Manual de direito administrativo*, p. 82, Coimbra: Almedina, 1980, considera ser pretensioso a lei pretender evitar o costume como fonte de Direito administrativo. Argumenta, com absoluta precisão, que a autenticidade do costume, por ser "resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição, obriga a quem considere o problema, isento de preconceitos de'escola, a reconhecer o seu valor normativo". Justifica os seus fundamentos com o exemplo de que há muitas regras de conduta dos órgãos administrativos, nas suas relações com os particulares, que não se encontram nas leis e nos regulamentos, muito embora tais regras são resultantes de decisões'dos superiores hierárquicos ou da rotina dos serviços. A única reserva que se põe ao modo de entender de Marcelo Caetano é a de que, como apropriadamente salienta Cretella Júnior, "Não se deve, entretanto, confundir o costume, propriamente dito, com as chamadas praxes ou práticas administrativas, recurso de que lançam mão com freqüência as autoridades administrativas quando, na falta de disposições legais, precisam solução a um determinado caso submetido a sua apreciação" (p. 296, Tratado..., ob. cit).

A observação a se fazer é a de que o costume é considerado como fonte de direito administrativo com os mesmos requisitos exigidos para a sua consagração no Direito Civil. O costume só será considerado como tal se for derivado de um uso constante e duradouro e de se apresentar, em seu substrato, como capaz de impor uma "convicção de que a norma funciona como lei, pela necessidade que há, de regularizar o caso, a que ela se refere, pelo modo nela estabelecido" (Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 1946, p. 27).

A quase unanimidade da doutrina aceita o costume como fonte de direito administrativo. A sua atuação, porém, no ordenamento jurídico-



administrativo será feita com apoio nos enunciados que abaixo passo a enumerar e que foram extraídos das citações feitas por Cretella Júnior, em seu Tratado..., ob. cit., v. 1, p. 295 e segs.:

a) não "confundi-lo com a rotina burocrática, na qual se enxerta o conceito de praxe, e freqüentemente aberrante do direito e da lógica, pela adesão aos precedentes sem outra razão que não a de segui-los" (Guimarães Menegale, Direito administrativo e ciência da administração, 2. ed., 1950, vol. 1, p. 29);

b) o costume, como fonte imediata de direito administrativo, além de ser considerado como supletivo de lei, ele é "também, precedente da própria lei, que acaba por consagrar formalmente a norma consuetudinária" (Rafael Bielsa, *Curso*,..., p. 52-53);

c) o costume pode ser visto "como fonte direta do direito administrativo e como fator importante na eficácia e influência da lei e suas modificações" (Matos de Vasconcelos. Direito administrativo, 1936, v. 1, p. 27-28).

É de se aclamar a impossibilidade de se acatar o precedente administrativo como sendo costume. Não obstante ser esse precedente uma prática reiterada de atos, ele não será erigido em fonte do Direito Administrativo e não passa a integrar o ordenamento jurídico-administrativo. Não se pretende, com essa posição, se tirar a atribuição vinculante do precedente, a fim de se resguardar a garantia do direito de igualdade e da boa-fé no trato das relações do administrador com os cidadãos. Ocorre que, desde que se apresente devidamente motivado e com amparo nas regras fixadas no ordenamento jurídico-administrativo, o precedente pode deixar de ser seguido, sem que com tal prática se evidencie qualquer arbitrariedade.



No escalonamento da análise dos caracteres formadores do ordenamento jurídico-administrativo, alcança-se, agora, um quinto patamar que nos oferece a oportunidade de ser examinado o nível a que alcançou as dificuldades surgidas com a variabilidade de normas escritas a integrarem o Direito Administrativo.

A fúria legisferante adotada no círculo do nosso sistema estatal tem alterado a racionalidade sistemática do ordenamento jurídico-administrativo, causando consideráveis danos à hierarquia das normas, pela violação aos princípios que regem a sua formação, eficácia e efetividade, por causa da concorrência muitas vezes existente entre leis que regulam, no tempo e no espaço, o mesmo relacionamento de direito material.

A estabilidade legislativa que premia o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal e outros ramos do Direito não alcança o Direito Administrativo e o Direito Tributário. Esse fenômeno, por si só, conduz à criação de um estado de perplexidade não só nos agentes administrativos, como muito mais nos administrados. Contribui, também, por gerar confiabilidade reduzida às decisões judiciais, pela possibilidade crescente de permitir soluções nem sempre horizontais.

A determinação do âmbito a ser atingido pelo ordenamento jurídico-administrativo produz, muitas das vezes, respostas equivocadas às provocações que são feitas por aqueles que invocam as regras que a eles estão integradas. Há, assim, prejuízo à serenidade e à estabilidade que informam os conteúdos decisórios, contribuindo em aumentar o descrédito de sua coercibilidade. não só pela provisoriedade da solução, mas, também, pela ausência de tradição.

7. A LEI-MEDIDA NO ORDENAMENTO JURIDICO-ADMINISTRATIVO



Os embaraços enfrentados com a variabilidade do ordenamento jurídico-administrativo se tornam maiores quando o aplicador da norma de direito se depara com o que os alemães denominaram de "lei medida", assunto estudado com profundidade por Eduardo García Enterría e Tomás Ramón Fernández, na obra já citada, p. 80 e segs., a quem cedo o registro:

A doutrina alemã desenvolvendo uma instituição do próprio Schmidt, distinguiu entre o conceito 'clássico' da lei (a lei como definidora de uma ordem abstrata de justiça, com vocação de permanência), e a *massnahmegesetz* ou 'lei medida', que, mais que definir uma ordem abstrata, pretende, pelo contrário, resolver um problema concreto e singular, que é, portanto, ainda que com uma técnica normativa, uma 'medida' para afrontar um problema determinado.

A seguir, exemplifica com base no direito espanhol:

A diferença é a que se dá entre o CC, por exemplo, e o Decreto-Lei de 27.11.1967 que dispôs 'medidas complementares da nova paridade da peseta' a motivo de uma de suas desvalorizações - ou a lei que aprova o plano Jaén, ou inclusive o Plano de Desenvolvimento, ou a Lei de Orçamento, ou as adotadas em vista de alguma situação catastrófica (inundações, secas, inflação, guerra, etc.).

Potencializa-se, conseqüentemente, as dificuldades decorrentes da variabilidade de normas que passam a integrar o ordenamento jurídico-administrativo com a vigência das "leis-medidas". É evidente que a principiologia fixada para a interpretação das regras componentes do sistema se alterou em seus fundamentos básicos, pois, "lei-medida" "não pretende definir uma ordem abstrata de justiça e, por isto, tendencialmente permanente; renuncia deliberadamente às duas coisas e se apresenta como uma norma ocasional, contingente, explicável somente em função de uma situação ou problema determinado que se pretende endireitar ou superar, em todo caso ajustar, em função de uma determinada política ou fim ou resultado a conseguir mais que em função de uma justiça abstrata. Inclusive, por isto renuncia também, com



frequência, à generalidade, que costuma ser um correlato da abstração, para concretizar-se a hipóteses singulares e específicas" (Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez, p. 80, ob. citada).

A lei-medida não tem aspecto conjuntural. Ela não se apresenta compromissada com o sistema e tem uma característica de não se inclinar a ser duradoura. Não cria raízes, não se institucionaliza. Em regra, é filha da crise, daí se revestir de uma interpretação sempre difícil, instável e controvertida. Um outro aspecto que a acompanha é que ela invade o ordenamento jurídico-administrativo carregada de forte coação para que se possa tornar válida, eficaz e efetiva.

A ciência do Direito, na era coeva, há de criar mecanismos que se imponham no tocante à criação da "lei-medida". por ela possuir, intrinsecamente, um conteúdo de autoritarismo que foge dos ideais democráticos. As atuais gerações e as futuras haverão de conviver com tais antagonismos que considero cardeais e que afetam os postulados da dignidade humana e da quebra da paz e da segurança jurídica que o Estado tem a obrigação de oferecer aos cidadãos.

A "lei-medida", por sua excepcionalidade, tem um processo legislativo rígido e vinculado a um tipo de pronunciamento plebiscitário que se apresente acima da delegação de atribuições que o povo atribui aos seus representantes componentes do Congresso Nacional.

O sexto e último plano que me proponho enfocar tem como substância reflexões dedicadas à importância cogente dos princípios gerais de direito no relacionamento com a atuação do ordenamento jurídico-administrativo. Mais uma vez, como aconteceu em todos os pensamentos já expostos nos parágrafos anteriores, busco inspiração na doutrina formulada por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez.

8. OS PRINCÍPIOS GERAIS E O DIREITO ADMINISTRATIVO



Não se desconhece que os princípios gerais do Direito representam valores maiores em qualquer ordenamento jurídico. Por serem princípios, encarnam em si a idéia de conceitos básicos, fundamentos que servem de suporte a qualquer sistema.

Os princípios são mais do que simples regras jurídicas, como, de modo eficaz, fez ver Celso Antônio Bandeira de Melo, *in Ato administrativo e direitos dos administrados*, S. Paulo: Ed. RT, 1981. p. 87:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

O princípio não sofre do limite possuído pela norma. Ele, ao se revelar, demonstra toda a sua substância e imperatividade. Impõe-se, assim, em parte superior à norma, de forma que ela há de se adequar aos seus limites e conteúdo. Por isso, repita-se com Celso Antônio Bandeira de Melo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, *contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra*. (p. 88, ob. cit).

Registradas tão contundentes e expressivas apologias do império dos princípios, tenta-se, a seguir, enumerar os princípios gerais do direito e filosófico-jurídicos que mais se aplicam ao ordenamento jurídico-administrativo. Advirta-se que não se cuida dos principais informativos do Direito Administrativo.



Conforme assinalado, a preocupação se restringe aos princípios gerais do direito que, de forma hierarquizada vertical, informam o sistema jurídico aqui visto.

Eí-los, sem se esgotar a sua enumeração:

a) o da proibição do enriquecimento ilícito, sem causa, por atentar contra a moralidade pública;

b) o do cumprimento das obrigações a que se sujeitam os administradores públicos e os particulares em qualquer relação com a administração;

c) o da obediência ao devido processo legal em qualquer uma das formas de atuação do poder público, especialmente quando apurar infrações administrativas, tributárias e tenha de aplicar sanções;

d) o de que o jurídico não se encerra e se circunscreve às disposições escritas, mas se estende aos princípios e à normatividade imanente da natureza das instituições;

e) o de que a administração se submete plenamente à Lei e ao Direito;

f) o da não-contradição - uma entidade ou instituição jurídica não pode ser e deixar de ser, ao mesmo tempo;

g) o da identidade da instituição jurídica dentro do ordenamento, que torna "impossível que o intelecto humano pense numa noção e suas conotações constitutivas, como reversamente inidênticas, isto é, o que é verdadeiro há de ser verdadeiro" (Cretella Júnior, v. 8, p. 20);

h) o de terceiro excluído pelo qual o intérprete se deparando com duas proposições contraditórias e chegando a conclusão que uma é



verdadeira, haverá de considerar a outra falsa. Não há lugar para uma terceira solução;

i) o da razão suficiente - nada existe sem que haja uma razão para isso, ou como explicado por Leibniz: "nenhum fato é verdadeiro ou inexistente e nenhum enunciado é verdadeiro sem a razão suficiente para que assim seja e não o seja de outro modo";

j) o de que ninguém se excusa, alegando ignorar a lei;

l) o de que ninguém pode ser obrigado por um preceito a não ser que tenha tido prévio conhecimento desse preceito;

m) o interesse público tem primazia quando relacionado com o do particular.

A aplicação dos princípios gerais de direito, por suprir as lacunas do ordenamento jurídico-administrativo, quando da ausência da lei e não preenchidas por outras formas, há de ser regrada por um clima racional e que se aproxime, o máximo possível, dos postulados da legalidade. O alvo maior é de se evitar o arbítrio judicial. O direito a ser aplicado há de ser buscado nos postulados que circulam no ordenamento, consultando-se as influências exercidas por fatores fundamentais que orientam a movimentação do Estado e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Os princípios gerais de Direito não fogem das características que sempre lhes foram impostas, de serem as próprias exigências naturais da Ciência Jurídica. No campo da ciência jurídica e tendo em vista o relacionamento do Estado com o jurisdicionado, há de sempre se prestigiar o axioma de que em se tratando de regra de direito administrativo o servidor do órgão há de cumprir, sempre e sempre, só o que a lei permite, diferentemente do preceito que envolve a relação



jurídica de direito privado que se permite a prática de tudo aquilo que não seja proibido por lei, desde que compatível com a moralidade.

9. CONCLUSÕES

As entidades jurídicas analisadas e que se desenvolvem dentro do Direito Administrativo necessitam de uma conceituação mais larga para que possam atuar com maior compatibilidade na regulação dos atos e fatos que, em seu campo, irão ocorrer no século XXI. O regulamento há de passar por uma expansão conceitual que lhe dê um revestimento mais dinâmico e que obrigue o administrador, em cumprimento aos ditames postos na Carta Magna, compatibilizar as suas ações com as necessidades do administrado.

O costume, por sua vez, há de se apresentar com uma conotação mais hierárquica e vinculada aos princípios da moralidade administrativa, de modo que, com base nele, os desvios de destinação e os abusos de poder sejam evitados.

O Direito Administrativo do século XXI há de ter regras que controlem o predomínio de uma civilização arquitetada, para conviver com soluções violentas dos seus problemas, entre eles os apontados por Alvin Toffler, em seu livro *A terceira onda*, já citado, e que são: o do ventre tecnológico produtor de milhões e intermináveis milhões de produtos que são introduzidos, em massa, a fim de servirem de consumo ao ser humano; o da ampliação do cérebro humano criando um meio ambiente inteligente; o da cabana eletrônica fazendo o "dever de casa" e comandando uma sociedade centrada no lar; o das famílias do século XXI convivendo com uma cultura sem filhos ou com poucos filhos, com estilos de vida não-nucleares, com procedimentos inadequados dos pais; o da demassificação; o da empresa multifuncional; o da mente pós-padronizada; o da economia invisível; o do fim da comercialização; o



causado pelos viajantes do espaço; o dos exércitos particulares; o do colapso do consenso; o da implosão decisional; de outros e outros.

No campo das posturas urbanas, há o Direito Administrativo de enfrentar as edificações debaixo d'água, pretensão essa já existente nos planos do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro, ao convidar o arquiteto francês Jacques Rougerie, especializado em construções subaquáticas, para projetar um centro aquático naquela cidade, ocupando uma área de 7.000 m² (sete mil metros quadrados) no cais do porto, situado em frente à movimentada Praça Maná, conforme notícia a imprensa.

Não falo de ficção científica. A atenção se volta em tomo da realidade nascida do progresso e pela necessidade que tem o Direito Administrativo de acompanhá-lo, porque, no amanhã, será quem irá dispor com regulamentos, portarias, atos, a respeito de tais transformações e da sua convivência com os cidadãos.

Ao lado das maravilhas da ciência, a exemplificar o da futura vida artificial, onde as criaturas emergirão com certeza dos computadores por estarem convictos os cientistas de que a mecânica da vida será extraída do silício, há de o Direito Administrativo do século XXI ser fiel ao que o gênero humano espera do Estado, que é a solução da fome existente no seio do povo, o que se constitui na mais forte violência praticada contra a cidadania.

Não obstante outros aspectos mereçam ser destacados, como contidos nas preocupações de se construir o Direito Administrativo do século XXI, ressalto, nas últimas linhas desse ensaio, o que se constitui em preocupação constante nas minhas meditações a respeito.

Já foi afirmado no início e se repete agora, por questão metodológica, que a multiplicidade de relações sociais, econômicas,

políticas, familiares, educacionais e patrimoniais entre os indivíduos cria direitos e deveres recíprocos em relação às partes. Acrescento que esses fatos, ao pretenderem regulamentação jurídica, tomam vigorante o juízo de que o Direito tem por fim impor ordem, segurança e justiça objetiva na convivência humana. Por essa razão, o Estado e os cidadãos se transformam em responsáveis diretos pela aplicação do direito, quer o de ordem material, quer o de ordem formal. Essa tarefa é de difícil execução, em razão do conflito de interesses que se tornam amantes quando ela passa a ser desenvolvida.

As repercussões do analisado numa organização política exigem a observância do ordenamento jurídico por todos os indivíduos, ora por se cuidar da prevalência do direito subjetivo de cada pessoa, visando satisfazer os interesses e as pretensões legais perseguidas, ora pela necessidade de imposição do direito objetivo que representa o comando jurídico com a totalidade das normas em vivência harmônica.

Há, ainda, dificultando a relação pacífica do direito objetivo com o direito subjetivo, o aspecto de que o último, no expressar de Gustav Radbruch, in *Filosofia do direito*, Ed. A. Amado, 1979, p. 207 a 213, aguça o sentimento jurídico no homem e o liberta, dando-lhe uma posição de privilégio, porque, pela exigência de sua pretensão jurídica, assegura o direito de defesa a tudo o que lhe pertence por atribuição imperativa da norma jurídica.

A identificação dos caminhos emaranhados e assinalados revela, conseqüentemente, não ser possível o estudo das regras jurídicas de Direito Administrativo que garantem os direitos dos cidadãos, apenas à luz singela da norma positiva posta em execução, por determinar concepção muito mais alargada, que passa, necessariamente, por uma visualização dos princípios informativos do Direito Constitucional, por eles

serem transmissores, de modo explícito ou implícito, dos anseios, das esperanças e das necessidades da nação.

Isso porque, como já se afirmou atrás, é reconhecida a importância dos princípios que, após se articularem com normas de diferentes tipos e características, passam a ser facho que "iluminam" a compreensão das regras processuais constitucionais e as de posição hierárquica menor.

Imprescindível que se registre a importância do princípio no ordenamento jurídico. Por isso, a Ciência do Direito se preocupa em conceituá-lo, o que faz de dois modos diferentes. No primeiro, princípio é o mesmo que postulado. No segundo, ele é síntese genérica decorrente de certas formulações específicas.

A expressividade científica do princípio e o seu reflexo integrativo ao direito foram bem postas nos ensinamentos de Jorge Miranda, com as seguintes afirmações:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

Completando a clareza do pensamento desenvolvido, conclui:

Os princípios não se colocam pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos: as normas jurídicas é que se dividem em normas-



princípio e normas-disposição (p. 197/198, *in Manual de direito constitucional*, 4. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1990, t. 1).

Em razão da expressão dos princípios como se acabou de se descrever, verifica-se que eles exercem funções no ordenamento jurídico que se identificam como de duas naturezas:

- a) as que são ordenadoras;
- b) as que atuam com fim prospectivo.

Os que exercem a primeira (letra a) se vinculam, mais essencialmente, por servirem de linhas determinantes na fixação de critérios de interpretação e de integração do direito, dando, assim, coerência geral ao sistema.

Em se tratando do exercício da segunda (letra b), afirma-se que os princípios têm capacidade de impor sugestões ao se adotar formulações novas ou regras jurídicas mais atualizadas, tudo inspirado pela idéia do aprimoramento do direito aplicado.

A adoção da trilha exposta demonstra, desde logo, que, não obstante a nossa simpatia pelas teorias de Hans Kelsen, admitimos a pressão axiológica dos princípios jurídicos no sistema de Direito; consideramos a interpretação sistemática como a única válida; aceitamos a existência do direito subjetivo; acreditamos haver diferença relevante entre nulidade e anulabilidade e que há inconstitucionalidade das normas jurídicas.

Resulta desse sistema que, ao se considerar a abrangência dos elementos formadores do atuar jurídico-administrativo. não se trabalha, apenas, com o conjunto de normas que disciplinam o comportamento dos homens, na vida social, resolvendo as suas situações em conflito, por ter

de se buscar entidades de direito que provoquem a atuação de um Estado como exigido pelo povo que o compõe.

Desenvolve-se, em consequência, a Ciência Jurídica não só com o objetivo de conhecer as normas positivas, como defende Kelsen, mas, também, com o intuito de prescrevê-las ou explicá-las, buscando o que deveriam ou poderiam ser, apontando suas interpretações possíveis.

O posicionamento prestigioso de obediência aos princípios torna o direito posto como regra prescritiva de comportamentos com base na lógica das ciências.

No ângulo do que se expõe, aplausos merecem Celso Antônio Bandeira de Melo, por, em Elementos de direito administrativo, p. 230. Ed. RT. proclamar:

Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

No desenvolver desse contexto, o Estado procura se desincumbir da sua mensagem jurisdicional, poder-dever, reflexo de sua soberania, de modo que lhe seja possível concretizar a realização do bem-comum almejado pelo cidadão nos afazeres do seu dia-a-dia. Para isso alcançar, o Direito Administrativo do século XXI há de ser substancialmente útil na intenção de regular a atividade administrativa, tornando-se eficaz na garantia dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.



Essa consciência jurídica de um direito mais amplo evidencia a necessidade de se ampliar o conteúdo científico da elaboração do Direito Administrativo a conviver com o século XXI, onde a preocupação com o pleno desenvolvimento da personalidade dos destinatários das normas jurídicas - o cidadão - seja enfrentada, imprimindo eficiência e rapidez na prestação do atuar administrativo.

Em termos de eficiência e atuação das normas de Direito Administrativo apoiadas na Constituição Federal, há que se examinar, com a cautela necessária, uma posição de há muito defendida pela doutrina e de qualquer modo incrustada no círculo jurídico brasileiro, que é o sentido útil do princípio da unidade da Constituição e o da unidade hierárquico-normativa.

José Joaquim Gomes Canotilho, *in Direito*, Almedina: Ed. Coimbra, p. 118. examinando tais princípios, assevera que:

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação) dentro da lei constitucional. De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex.: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: a tese das antinomias alternativas; a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Em se tratando, especialmente, de regras de Direito Administrativo, todas destinadas a regular as atuações dos órgãos estatais e os seus relacionamentos com o cidadão, por isso elevados à categoria de direito fundamental, não se aceita como de efeito absoluto o princípio da unidade da Constituição e o da unidade hierárquico-normativa, haja vista não permitirem alcançar a eficácia da plenitude de tais garantias, por



se pretender resolver todas as colisões decorrentes dessas ocorrências, a partir da positividade normativo-constitucional. Isso decorre do assinalado pela mais moderna doutrina constitucional, destacado, com muita propriedade, por José Joaquim Gomes Canotilho. em obra já citada, mesma página, de que a Constituição de um país é uma armadura formada de tensões pelo que não pode se transformar "uma lei constitucional em código exaustivo da vida política".

O acolhimento dessa observação é compatível com a conscientização, hoje dominante no Estado moderno, de que a garantia dos direitos fundamentais do cidadão se transformou em uma necessidade básica para o controle do seu relacionamento com o Estado. Em consequência, há de se extrair do texto constitucional o máximo que sua interpretação sistêmica permite. Isso só é possível com a obediência aos princípios explícitos e implícitos, que comandam o ordenamento jurídico constituído. É relevante afirmar que, em se tratando da efetividade das garantias, dos direitos e deveres consagrados no Direito Administrativo, esse comportamento tem especial significação, por ser através dele que se busca regular a eficiência da força estatal.

Há de se considerar, também, que a luta pela conquista do direito deixou de ser, na atualidade, uma reivindicação estritamente individual, tornando-se, também, uma pretensão da coletividade organizada em órgãos representativos dotados de intensidade no exercício de pressão. O que se constata, no retrato desenhado, é o Direito Administrativo abandonando a sua posição de servo do Estado e se transformando em veículo a ser utilizado pelas massas e, especialmente, por parte do cidadão.

A carga administrativa estatal, por tais exigências, destaca-se, de modo marcante, da exercida pelo Legislativo e Judiciário, O que passa a se querer um Direito Administrativo democratizado, inteiramente



voltado ao atendimento da pretensão do homem, quando subordinado aos ditames do Estado. Ao se desenvolver o século XXI com manifesta tendência de prestigiar o cidadão, há do Direito Administrativo acompanhar essa evolução e se apresentar, quando chegar essa ocasião, como entidade capaz de impor regras à atuação estatal e que contribuam para o atendimento de tal pretensão.

Há de ser um ordenamento substancial de uso do Estado, que se obriga a cumpri-lo, por representar uma prestação de garantia, através da qual o fundamento da norma maior se preserva e são protegidos os direitos essenciais do cidadão. Servirá, assim, aos valores de dignidade do ser humano incorporados à Constituição, e fará com que eles sejam cumpridos, atingindo o fim precípua a que se propõem - o estabelecimento da paz social, com respeito integral aos direitos da cidadania.



